

## JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 LOGROÑO

SENTENCIA: 00501/2019

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, Nº 45-47 DE LOGROÑO

Teléfono: 941296584/76, Fax: 941296578

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JPA

Modelo: N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2019 0000073

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000033 /2019**

Procedimiento origen: /

**Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS**

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON

DEMANDADO D/ña. ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DON JAVIER PEGENAUTE ALLO, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Logroño y su partido HA PRONUNCIADO la siguiente

### SENTENCIA Nº 501/2019

En la ciudad de Logroño, a 27 de mayo de 2019; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio declarativo ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 33/2019, y entre partes; como demandante doña , representada por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte y asistida por la Letrada Gisela Bernáldez Bretón; y como demandada la mercantil Abanca Corporación Bancaria S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales doña , y asistida por la Letrada doña , sobre nulidad de condición general de la contratación, y

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Por la representación procesal de la parte actora, se presentó en fecha 2 de enero de 2019 demanda de juicio ordinario contra la indicada demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó con la súplica al Juzgado de que tras los trámites oportunos se dictase sentencia por la que se declare:



“NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Párrafo Primero, que estable una COMISIÓN DE APERTURA del 1% del capital, esto es, de 820,00€, imponiendo un gasto que no se deriva de un servicio prestado al consumidor, sino que la valoración de riesgos y gestiones diversas son inherentes a la propia actividad del banco, además este cobra intereses remuneratorios en los que están incluidas las gestiones preparatorias del préstamo, y estas gestiones son útiles para el banco; y ordene al REINTEGRO DE 820,00€ INDEBIDAMENTE PAGADO más el interés legal.

•NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Apartado b, que establecen una COMISIÓN POR POSICIONES DEUDORAS de 18,03€, por recibo vencido y reclamado, imponiendo un cobro sin ninguna justificación que supone una indemnización desproporcionadamente alta.

•NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Quinta, Apartado c, donde se impone los GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO en exclusiva a la parte prestataria, atribuyendo al consumidor todos los costes derivados de la elevación a público e inclusión en el registro, abusivamente impuestos sin que para nada beneficien al consumidor condenando a la indemnización de 417,23€ QUE FUE LA CANTIDAD ABUSIVAMENTE PAGADA más el interés legal.

•NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Sexta, que impone un interés de demora para las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes del contrato de préstamo hipotecario, vencidas y no satisfechas, del tipo nominal anual vigente incrementado en seis puntos, imponiendo al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta cuando no cumpla sus obligaciones.

•NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Sexta Bis, apartado a), que faculta a la parte demandada a RESOLVER ANTICIPADAMENTE el crédito y a reclamar las cantidades vencidas y pendientes, sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permita evitar la aplicación de la misma mediante una conducta diligente de reparación.

•Condene a la entidad al pago de las costas dada la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017, CAS 2425/2015 que establece como criterio general la imposición de costas a la entidad bancaria demandada, al ser lo más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión.”.

**Segundo:** En fecha 11 de febrero de 2019 la parte actora desistió del procedimiento.



**Tercero:** El demandado presentó contestación, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó solicitando se dictase sentencia por la que se le desestimase los pedimentos recogidos en la demanda.

**Cuarto:** El día 26 de febrero de 2019 la demandada se opuso al desistimiento.

**Quinto:** Convocadas las partes a la correspondiente audiencia previa, las partes se ratificaron en sus pretensiones e interesaron el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora se propuso documental. Por la demandada documental. Todas ellas fueron declaradas pertinentes, quedando los autos vistos para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por la parte actora interesa la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas relativas a comisión de apertura, posición deudora, mora, vencimiento anticipado gastos a cargo del prestatario, reflejadas en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes, y ello con las consecuencias inherentes a dicha nulidad de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas. Se alega por la parte demandante que los actores concertaron, en su condición de consumidores en dicho préstamo sin conocer el alcance y contenido de dicha cláusula, de la que asimismo no fueron debidamente informados, sin que se produjera negociación al respecto. Sostiene que en ningún momento se produjo una negociación individual de dichas cláusulas, produciéndose un equilibrio en las prestaciones de las partes y sin correcta y adecuada información ni negociación.

Por la demandada en su contestación a la demanda se opone a la declaración de abusividad de la cláusula y se opone a las sumas reclamadas. Cuestiona la cuantía del procedimiento. En relación a los gastos de notario y registro, señala que están sujetos a arancel sus honorarios y que debe recaer su abono en los interesados según las normas sustantivas y fiscales, sin que pueda reclamarse de la entidad bancaria.

**Segundo:** En el caso presente, aunque se entendiese que la cláusula gastos es de cuantía determinada, también se solicita se declare la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Por lo tanto, al ser ésta de cuantía indeterminada y entenderse que no procede del mismo título, sino que cada acción justifica un título distinto, se considera que la cuantía es indeterminada.



**Tercero:** La primera cuestión sobre la que será preciso resolver es la relativa al desistimiento de la actora:

La parte actora desistió en fecha 11 de febrero de 2019 de la demanda que había presentado el 2 de enero. La demandada se opuso e interesó se resolviese sobre la cuestión de forma definitiva.

Una vez formada válidamente la relación jurídico-procesal mediante la intervención del demandado en el proceso, la oposición de éste a la acción entablada por el demandante supone también el ejercicio de un derecho adicionado con el interés de que se resuelva definitivamente la cuestión litigiosa y recaiga un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia o improcedencia de la acción y oposición deducidas, extendiéndose a todos los partícipes en el pleito el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho como proyección del derecho fundamental a la tutela efectiva. La terminación del proceso, por tanto, no puede quedar supeditada a la voluntad de uno sólo de los contendientes salvo cuando la continuación de su sustanciación se revele superflua o ineficaz, lo que acontecería cuando no es al proceso a lo que se renuncia, sino al derecho ejercitado. En consecuencia, sólo es posible concebir el desistimiento desde una naturaleza bilateral y requerir el concierto de voluntades de los intervinientes en el mismo para su admisión y la producción del efecto que le es propio.

En el caso concreto la actora reclama la nulidad de la comisión de apertura. La Lec, en el artículo 19, atribuye al actor dos actos dispositivos distintos, la renuncia y el desistimiento. El segundo no excluye un procedimiento posterior en el que se vuelva a reclamar lo que ya se ha hecho en el presente. Sin duda, la verdadera razón del desistimiento es la jurisprudencia contraria emanante, del TS, que ha negado que tal comisión sea abusiva. Es contrario a toda lógica y principio de economía procesal dejar abierta la posibilidad de que en otro procedimiento se pueda reclamar una partida que ya ha sido objeto de análisis tanto en demanda, como en contestación, por lo que se rechaza el desistimiento.

**Cuarto:** La AP de la Rioja, en sentencia de 21 de febrero de 2018, señala: "La acción que se ejercita en este procedimiento es la acción individual de nulidad de una condición general, que no está sujeta a un plazo de prescripción conforme al artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por dicha Ley, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la misma, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, del artículo 1301 del Código Civil . Se trata de



una nulidad parcial de una categoría distinta de las clásicas nulidades totales o absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, no sujeta al plazo específico del artículo 1301 CC , previsto para una clase de nulidad que no es la derivada del Derecho de consumo, y que por no preverse en el artículo 19 de la LCGC plazo de prescripción para esta acción, ha de sujetarse al plazo general de 15 años. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de julio de 2014 , señala: "... Aunque los artículos 8 y 9 de la LCGC remitan a las normas generales de la nulidad contractual, parece que tal remisión no puede hacerse en su totalidad. Las normas generales sobre nulidad contractual parten de la base, en el caso de la nulidad absoluta, de que la acción es imprescriptible y para ella existe una legitimación de cualquier interesado, sin necesidad de que haya sido parte en el contrato -ver por todas STS 06-09-2006 -".

Las reglas de la nulidad relativa o anulabilidad, que son las que regula el Código Civil en los artículos 1301 a 1304 , se encuentran referidas a la anulación del contrato por vicios en el consentimiento que lo invalidan; por ello, se refieren al consentimiento contractual que afecta a la formación de voluntad en la contratación, mientras que la acción de nulidad que se ejercita no lo es por vicio de consentimiento en sentido clásico -defecto de formación del consentimiento error-vicio-, sino que afecta a la información recibida de forma que, siendo hábil el consentimiento para obligarse con carácter general, una determinada cláusula del contrato ha pasado desapercibida por ser incorporada sin la debida transparencia, de tal forma que puede conservarse el resto del contrato conforme a la regla "utile per inutile non vitiatur".

Pero es que hay más: existe cierta discrepancia doctrinal y jurisprudencial en relación con si el plazo de cuatro años que regula el artículo 1301 es de caducidad o de prescripción; de asumirse la primera de las tesis, resultaría que los plazos para las acciones individuales de condiciones generales de la contratación serían de caducidad, mientras que el plazo para el ejercicio de las acciones colectivas sería de prescripción, pues el artículo 19 LCGC, tras regular la imprescriptibilidad de las acciones de cesación y retractación, así como de la declarativa, establece ciertas excepciones a esta norma general a partir del hecho de que las mismas estuviesen inscritas en el Registro General de Condiciones de la Contratación, estableciendo plazos que lo son, indubitadamente, de prescripción.

Estas reflexiones hacen inaplicable la remisión "a la gruesa" a todo el sistema de nulidad contractual: podría hablarse, todo lo más, de una remisión "parcial" a este sistema, por ejemplo, en lo que se refiere a la legitimación activa y pasiva o procedimiento, pero no a los plazos de las



acciones. De esta forma, lo que se sostiene es que, frente a la ausencia en la propia Ley de condiciones generales de contratación de un plazo específico de prescripción para el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación - plazo que sí existe para las colectivas-, habremos de asumir el plazo residual de prescripción de acciones previsto en el Código Civil, en su artículo 1964 , de quince años, que obviamente no ha transcurrido".

Tampoco resulta aplicable el artículo 1967 CC o 66 LGT ya que en el presente se examinará la posible abusividad de la condición general de contratación y sus consecuencias económicas, no se trata de la reclamación de honorarios de registrador, ni de que se demanda el pago de un impuesto, sino de determinar las consecuencias de la posible abusividad de la cláusula pactada.

D) Se rechaza este motivo de recurso, por cuanto que la acción para ejercer el resarcimiento y obtener la devolución de las cantidades entregadas no puede iniciarse su cómputo sino hasta que se declare la nulidad de la cláusula. Hasta ese momento difícilmente podían los actores haber ejercitado con éxito ninguna reclamación. Es cuando se declara la nulidad de la cláusula cuando pueden solicitar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, como consecuencia de esa nulidad, de ahí que en la propia sentencia en la que se declare la nulidad, se produce el resarcimiento en relación con los gastos indebidamente abonados.

...

No obstante, cabe matizar que la acción por la que se solicita la restitución de una cantidad derivada de la declaración de nulidad de una cláusula no es independiente de esta última, sino que es su efecto propio establecido en la ley. Además, aun en el caso de que pudiere considerarse una acción independiente, esta no habría prescrito ni caducado.

Con referencia a la prescripción, conviene señalar que el dies ad quo para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula por una sentencia comenzará cuando la misma adquiera firmeza. En este sentido, reza el artículo 1971 del Código Civil que: " El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme".

En consecuencia, los plazos de prescripción y caducidad comienzan cuando los titulares de la acción de restitución pueden conocer las consecuencias derivadas de dicha declaración de nulidad, que es a través de la sentencia una vez gane firmeza".

En definitiva, se rechaza este motivo de impugnación y se mantiene en cuanto el la sentencia recurrida."



**Quinto:** Sobre la comisión de apertura existe disparidad de criterios judiciales. Se ha mantenido por distintas Audiencias Provinciales el carácter abusivo de la cláusula por entender que la comisión no responde a servicios efectivamente prestados o que estos son los propios de la actividad bancaria, por lo que la cláusula infringiría el artículo 87.5º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera abusiva la estipulación "que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva" ( Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 20 de abril de 2008 - ECLI ES:APG:20187-, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2018 -ECLI ES:APPO:2018:400) o de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 19 de abril de 2018, ECLI ES:APCS:2018:34). Para los partidarios de esta tesis, el prestamista sólo puede percibir como retribución el interés pactado. Para otras Audiencia Provinciales la comisión de apertura es válida por estar contemplada en normas nacionales y europeas con rango de ley o reglamentario, que obedece a actuaciones efectivas de carácter precontractual, siempre, que la cláusula supere el control de transparencia y sea conocida con antelación suficiente por el consumidor, a los efectos de poder valorarla conjuntamente con el resto de condiciones del préstamo y compararla con otras ofertas del sector. En este sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Sentencia de 4 de abril de 2018, ECLI ES:APV:2018:237), la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª (Sentencia de 29 de noviembre de 2011, ECLI ES:APC:2017:2857), la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª (Sentencia de 15 de junio de 2018, ECLI ES:APLE:2018:589), la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª (Sentencia de 23 de noviembre de 2017, ECLI ES:APM:2017:16225) o la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (Sentencia de 7 de febrero de 2017, ECLI ES;APT:2017:71).

El TS ha venido a poner fin a esta polémica en sentencias de 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero y concluir que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido



porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

En este caso no es controvertido que la actora pudo conocer su importe con antelación suficiente y comparar las condiciones de su préstamo, incluida la comisión de apertura, con las de otras entidades de crédito. Es más dicha comisión fue abonada con anterioridad a la suscripción de la hipoteca. Se cuestiona por la demandante que la comisión responda a un servicio realmente prestado, pero al no ser posible un control de contenido, la cláusula no puede ser considerada abusiva.

El TS en sentencia de 23 de enero de 2019 establece una serie de criterios para valorar si la comisión de apertura supera o no el control de transparencia:

"6.- Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato."

Todos ellos concurren en el caso presente, por lo que se deniega la reclamación interesada.

**Sexto:** La actora defiende la abusividad de la cláusula gastos:





La Audiencia Provincial de la Rioja ha resuelto en fecha 31 de octubre de 2017 la cuestión, y obviamente el criterio debe asumirse por este Juzgado. Dice la citada resolución que "Nos encontramos ante una estipulación que con singular generalidad, en su conjunto impone al prestatario y consumidor el abono de "todos los gastos" que puedan derivarse del contrato, en cualquier tiempo (no excluye los gastos futuros) y de forma genérica y omnicomprensiva. Desde esta perspectiva, presenta los caracteres propios de las cláusulas abusivas: se trata de una estipulación no negociada individualmente, es decir, predispuesta por el empresario que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona, en contra de la exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en la medida en que impone al consumidor prestatario todos los gastos sin excepción, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, todo lo cual veda cualquier posibilidad de equilibrio.

No se trata por lo tanto de no sea gramaticalmente inteligible su tenor (control de incorporación) sino que su redacción genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

La imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción , necesarios para la constitución de la garantía, no asegura una mínima reciprocidad al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, y por ello es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación. Desde esta consideración, entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU) por lo que debe ser declarada nula."

En el caso que nos ocupa la cláusula atribuye a la parte prestataria todos los gastos e impuestos que pudieran derivarse de la misma. Lo que llama la atención es su generalidad, por lo que constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley



tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

**Séptimo:** En relación a la los gastos registrales y notariales: de conformidad con la sentencia del TS de 23 de enero de 2019 se otorgar el 100% de los registrales y el 50% de los notariales y de gestión: 192,71 por los notariales. No se concede suma por los gastos registrales y de gestión ya que no se justifican al no aportarse las correspondientes facturas.

No se concede suma por IAJD de conformidad con la jurisprudencia del TS, tanto en la Sala Civil, como Contenciosa.

**Octavo:** Así pues, resultando nula la cláusula en cuestión en referencia a los conceptos mencionados en los fundamentos anteriores, han de abordarse las consecuencias de ello derivadas.

Estas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa de ello derivada al consumidor, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora por los conceptos anteriormente referidos, que ascienden según la documental aportada, en la suma total, debiendo abonarse los intereses de la suma de 192,71 objeto de condena desde su abono (suma de la cláusula gastos y comisión de apertura), conforme al art. 1303, 1.101 y 1108 del CC, hasta la fecha de la presente resolución, y los del art. 576 desde la fecha de la presente resolución y hasta la de su efectivo abono.

**Noveno:** La parte actora reclama se declare la abusividad de la cláusula referida a posiciones deudores.

Esta cuestión es analizada por la SAP LA RIOJA 31 de octubre de 2017 dice en referencia a la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras cuya nulidad se invoca en la presente demanda que "Así, por referirnos a las comisiones por impago (12,20 euros cada cuota impagada) también se han de tener por abusivas en la medida en que cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado que es el que se remunera según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio . Se ha de tener por tanto presente la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión, bilateralidad que aquí tampoco existe.

En cualquier caso debe llamarse la atención acerca de lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas " las



cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones ". De igual modo, el art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan " el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente " o " la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados ".

Pues bien, en el presente caso, se reclaman comisiones por impago de cuotas no justificándose el coste real a que hayan dado lugar dichos impagos por lo que el establecimiento de la comisión supone por un lado, la imposición de una sanción al consumidor que no cumple su obligación además del interés moratorio impuesto y por otro, la reclamación de cantidades por servicios que no constan prestados o por daños que no constan efectivamente causados, por lo que debe darse lugar a su declaración de abusividad."

Aplicando tal doctrina jurisprudencial al presente caso, es procedente anular la cláusula cuarta del contrato, en referencia al establecimiento de la comisión de 18.03 euros.

**Décimo:** En el caso presente, excediendo los intereses moratorios en más de dos puntos de los remuneratorios, de conformidad, por ejemplo con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, procede la declaración de abusividad.

**Undécimo:** La actora cuestiona la abusividad de la cláusula referida al de vencimiento anticipado:

El auto de la AP de La Rioja de 3 de febrero de 2017 señala:

"De lo que acabamos de exponer podemos extraer varias conclusiones :

A) La primera de ellas es que la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo no es en sí misma ilícita. Es una cláusula perfectamente habitual y admitida en el tráfico, al amparo del principio de autonomía de la voluntad ( artículo 1255 del Código Civil ), especialmente cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo.

B) Ahora bien, ello no obsta a que, en determinadas circunstancias y en el caso concreto, pueda proclamarse el carácter abusivo de tal tipo de cláusula, atendido a su contenido concreto y a las características del contrato en el que se inserta. Por ejemplo, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos no esenciales o irrelevantes en el marco de la relación contractual de que se trate, o si esa facultad no está



prevista en el contrato para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave teniendo en cuenta la concreta duración y a la cuantía del préstamo, y en fin, cuando el Derecho nacional no prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

C) Centrándonos ya en lo que afecta a la inclusión de cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario, y en concreto, cuando estamos en sede de ejecución de bienes hipotecados, es aplicable el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece las condiciones mínimas que deben cumplirse en todo caso en la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado.

D) Las condiciones que establece este precepto (que el vencimiento anticipado se haya previsto cuando se produzca al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses) constituyen efectivamente un mínimo para el juicio de abusividad, lo cual quiere decir que ese mínimo debe cumplirse en la redacción de la cláusula.

E) Ahora bien, aun cumpliendo la cláusula de vencimiento anticipado estándar mínimo previsto en el art. 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, sería factible no obstante que se apreciase el abuso en dicha cláusula.

Dicho de otra forma, el cumplimiento del presupuesto indicado en el artículo 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil no excluye por si solo la abusividad.

Es posible por lo tanto que aun dando por vencido el préstamo con base en la cláusula, debido al incumplimiento por el deudor de más de tres cuotas, no obstante la cláusula y su ejercicio sin embargo puedan ser abusivos.

F) ¿Qué es lo que los tribunales valorar, -además del presupuesto del artículo 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil que debe concurrir en todo caso- a la hora de valorar si estamos o no ante una cláusula abusiva de vencimiento anticipado?

El Tribunal Supremo señala, en línea con el TJUE, que a la hora de valorar si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, los jueces y tribunales deben de tener en cuenta los tres siguientes criterios:

1) .- esencialidad de la obligación incumplida, es decir que haya una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización del préstamo;

2).- gravedad del incumplimiento, en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo;



y 3).- posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia .

En este respecto, el Ordenamiento Jurídico permite en la actualidad al consumidor evitar la aplicación de esta cláusula del vencimiento anticipado, mediante una conducta diligente de reparación consistente en la consignación de la parte vencida de la obligación. Pero eso sí, esta facultad , prevista en el artículo 693.3, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la redacción de la Ley 19/2015, de 13 de julio, está contemplada solo para el caso de que el bien hipotecado sea la vivienda habitual. Puesto que si el préstamo hipotecario no lo es sobre vivienda habitual, la concesión al deudor de esta posibilidad de reparación depende, tal como la regula el artículo 693.3 Ley de Enjuiciamiento Civil , de que lo solicite el acreedor, esto es, de la voluntad unilateral del prestamista (Banco). Finalmente, si nos encontramos ante un préstamo no hipotecario, es harto dudoso que pueda existir esta posibilidad reparatoria.

Sobre estas bases, la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre , apreció la nulidad, por abusiva, de la cláusula de vencimiento anticipado que examinaba, y que inserta en préstamos hipotecarios, facultaba a la entidad bancaria para exigir anticipadamente la devolución de la totalidad del préstamo por la falta de pago de una parte de cualquiera de las cuotas, porque consideró que en ese caso esa cláusula controvertida no superaba los estándares de validez antes indicados, debiendo ser reputada la cláusula como abusiva.

G) Además, en línea con lo anterior, Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, añade a este respecto que la apreciación de la cláusula como abusiva procede aunque la redacción de la cláusula pueda ampararse en las disposiciones de nuestro ordenamiento interno, por lo que no es obstáculo para que deba considerarse abusiva la circunstancia de que la cláusula, en el momento de su redacción, fuera conforme a la redacción del artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que, antes de la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, permitía la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos.

H) Otro aspecto que debemos destacar muy especialmente es que el juicio de abusividad proviene de los términos en que la condición general incorporada al contrato permite en abstracto el vencimiento anticipado, pero no de su ejercicio. Por lo tanto, la redacción de la cláusula debe cumplir necesariamente tanto las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como en el ejercicio los tres criterios antes expuestos de esencialidad (1),



gravedad (2), y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (3).

I) Consecuencia inexorable de todo lo que venimos exponiendo es que habida cuenta del tenor de la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre, ya no es posible que el juicio de abusividad se pueda hacer en función sólo del ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, como a veces esta misma Sala en línea con otras muchas Audiencias Provinciales había hecho - verbigracia, Audiencia Provincial de Barcelona-, considerando como pauta general que no podía calificarse abusivo el comportamiento de la entidad prestamista que, para dar por vencido anticipadamente el préstamo, espera a que concurra el impago de tres cuotas o uno superior.

Como hemos dicho, la doctrina del Tribunal Supremo impide seguir manteniendo esta tesis, pues no basta el cumplimiento del "minimum" prevenido en el artículo 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (que se haya producido al menos el impago de tres cuotas) sino que además han de valorarse si ese vencimiento anticipado que ha llevado a efecto el banco se ha realizado con la concurrencia de los tres criterios antes expuestos de esencialidad (1), gravedad (2), y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (3)."

En el caso presente basta el impago de una parte de una mensualidad para que se produzca el vencimiento anticipado del todo el préstamo que tenía previstas una vigencia de 360 meses, por lo que la conclusión no puede ser otra que la abusividad.

**Duodécimo:** El auto de 3 de mayo de la AP de la Rioja señala: "La cuestión que se plantea ya ha sido resuelta por la Sala con anterioridad, ad. ex. en auto dictado con fecha 14 de enero de 2019 en el Rollo de Apelación nº 630/2018, rechazando la suspensión pretendida, por tratarse de un procedimiento declarativo y no existir previsión legal que establezca la suspensión en procedimiento en que no se haya planteado cuestión prejudicial aunque haya sido planteada en otro procedimiento, exponiendo que Tal como expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de julio de 2017, en criterio que compartimos, en relación con procedimientos declarativos, debe considerarse la "inexistencia de norma que imponga la suspensión de procesos judiciales en los que no se ha planteado una cuestión prejudicial comunitaria en función de la planteada en otro proceso. No se recoge ni en el art. 267 TJUE, que solo contempla el asunto en el que puede o debe presentarse, ni en el art. 4 bis LOPJ que también hace referencia a la cuestión prejudicial comunitaria, ni en el art. 43 LEC que regula cuestiones prejudiciales civiles en el



marco nacional y que propiamente no puede equipararse a la figura de la cuestión prejudicial comunitaria

No excluimos que a raíz del planteamiento de la cuestión prejudicial por el TS puedan existir matizaciones por parte del TJUE, o incluso un cambio en su jurisprudencia, pero entendemos que tal posibilidad no justifica la suspensión del proceso, como no lo justifica la previsión de que nuestros altos tribunales, como nuestro Tribunal Supremo, puedan tener pendientes de resolver recursos de casación que puedan implicar un cambio jurisprudencial. Estos cambios son consustanciales al sistema judicial, sin que ello pueda provocar un efecto suspensivo no previsto expresamente".

En el mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de mayo de 2018, cuyo razonamiento esta Sala hace suyo: "El Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE es una facultad de cada juez o Tribunal; el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, obliga a suspender el procedimiento en que se ha planteado.

Planteada una cuestión prejudicial ante el TJUE , en este caso por el Juzgado de la instancia nº 38 de Barcelona, no existe norma legal que obligue al resto de tribunales, que no han planteado cuestión alguna, a suspender los procedimientos que se sigan en su tribunal y cuyo objeto pueda tener relación con la cuestión prejudicial planteada. Cada juez o tribunal tiene la facultad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. Esta sala considera que no precede plantear cuestión prejudicial ni suspender sus procedimientos".'

Conforme al criterio de la Sala expuesto en el auto que transcribimos, no ha lugar a la suspensión de la sustanciación del recurso solicitada por los actores- apelantes."

Además debe señalar que la cuestión ya ha sido objeto de resolución por el TS. Por otra parte no es el derecho comunitario el que determina quién es el obligado tributario.

**Decimotercero:** Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiese méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el presente caso no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de doña , frente a la mercantil Abanca Corporación Bancaria S.A., se declara la nulidad de las siguientes cláusulas establecidas en la escritura de 30 de abril de 2008 firmada por las partes:

La NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Apartado b, que establecen una COMISIÓN POR POSICIONES DEUDORAS de 18,03€.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Quinta, Apartado c, donde se impone los GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO en exclusiva a la parte prestataria, condenando a la indemnización de 192.71 € más el interés legal.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Sexta, que impone un interés de demora.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Sexta Bis, apartado a), que faculta a la parte demandada a RESOLVER ANTICIPADAMENTE el crédito y a reclamar las cantidades vencidas y pendientes.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Líbrese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta 5073 0000 04 0033 19 de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá





incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,

